

Две проблемы российского арбитража: судебный контроль и английское право

Ю. Э. МОНАСТЫРСКИЙ, соучредитель Фонда благодарных выпускников международно-правового факультета МГИМО МИД РФ, основатель коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры», доктор юридических наук; monastyrsky@mzs.ru



Настоящая статья излагает видение автором роли, причин неэффективного взаимодействия арбитража и судебной системы в Российской Федерации. Приводится соответствующая красноречивая статистика, раскрывается суть негативных факторов, влияющих на национальный рынок юридических услуг. Выдвигаются доводы и рекомендации по исправлению существующего положения.

В 2016 г. в России прошла арбитражная реформа, целью которой было создание соответствующих мировым стандартам арбитражных центров, которые бы регистрировались не в заявительном, как ранее, а в разрешительном порядке. С рынка было удалено свыше 2000 третейских организаций, большинство из которых не действовали на независимой основе, а играли роль инструмента в корпоративных войнах или средства корпоративного подчинения внутри холдингов или групп компаний. Получившие право на администрирование арбитража новые третейские центры, безусловно, обладают большим потенциалом для развития арбитражного дела в Российской Федерации. Однако число споров, администрируемых этими институтами, крайне невелико. Оно составляет менее 0,1 % от всех гражданско-правовых дел экономического характера, рассматриваемых государственными юрисдикционными органами. Причина этого состоит в косности мышления судей, по-прежнему не доверяющих альтернативному разрешению споров; ригидности нашей судебной системы. Помимо анализа вышеупомянутых аспектов развития арбитража, предпринята попытка осветить значение английского права как фактора третейской деятельности, его роль в создании юридических продуктов в России. Высказываются критические суждения о его достоинствах при спорах, связанных с российскими активами.

Ключевые слова: суд; арбитражные центры; юридический рынок; убытки; содействие; английское право.

О проблеме

Хотя рынок юридической помощи в России развивается, что выражается, например, в росте численности адвокатов (уже более 80 000 человек¹), «верхний» его сегмент — сопровождение бизнес-проектов и крупных

¹ Согласно данным опубликованного IX Всероссийским съездом адвокатов «Отчета о деятельности Совета Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации за период с апре-

сделок — не мог не сократиться и радикальным образом преобразоваться в последние годы по причине завершения инвестиционного бума, который продержался в России с перерывами до 2014 г.

Господствующее место сейчас заняли услуги в области сопровождения коммерческих конфликтов, дела о банкротстве, а также привлечение к ответственности контролирующих лиц хозяйственных обществ. Именно здесь, особенно в настоящее время, требуется квалифицированное юридическое содействие, иными словами, работа фирм, а не только внутренних юристов.

Обострившаяся потребность в разрешении споров однозначно вынуждает экономических субъектов и, как следствие, их юристов обращать внимание на все имеющиеся механизмы улаживания противоречий, выбирая из них наиболее эффективные в конкретных обстоятельствах. Можно утверждать, что в большинстве случаев участники дела делают выбор между государственным судопроизводством и третейским разбирательством².

Судебная система России, которую многие критикуют, все же уникальна в своей основной функции. Она разрешает гигантское количество дел в год: 19 600 000 гражданских споров³, и это при том, что в России проживает 146–147 млн человек и действует 3 млн коммерческих организаций⁴. Вместе с тем органы экономической юрисдикции рассматривают свыше 1 млн дел⁵.

Такие объемы впечатляют, поскольку при наличии большого количества разнообразных неурегулированных вопросов, подлежащих разрешению, именно оперативность судопроизводства и профессионализм его участников влияют на доходы субъектов рынка⁶.

ля 2017 года по апрель 2019 года», на апрель 2019 г. численность адвокатского сообщества составляла 80 778 человек: <https://fparf.ru/documents/fpa-rf/the-documents-of-the-council/report-of-the-board-of-the-federal-chamber-of-lawyers-of-the-russian-federation-for-the-period-from-2019/> (дата посещения — 18.07.2021).

² По словам экс-председателя МКАС при ТПП РФ, Заслуженного юриста РФ А. С. Комарова, «сейчас ни у кого не вызывает сомнений, что международный арбитраж является по сути единственной серьезной альтернативой для разрешения международных споров»: <http://www.consultant.ru/law/interview/komarov/> (дата посещения — 18.07.2021).

³ Из доклада Председателя Верховного Суда РФ Вячеслава Лебедева от 11 февраля 2020 г.: http://www.supcourt.ru/press_center/video_archive/28761/ (дата посещения — 18.07.2021).

⁴ Согласно данным ФНС России, по состоянию на 1 сентября 2020 г. в Едином государственном реестре юридических лиц содержатся сведения о 2 950 997 коммерческих организациях. См.: Отчет Федеральной налоговой службы по форме № 1-ЮР (2020 год): https://www.nalog.ru/rn77/related_activities/statistics_and_analytics/forms/9558929/ (дата посещения — 18.07.2021).

⁵ Согласно докладу Председателя Верховного Суда РФ Вячеслава Лебедева от 11 февраля 2020 г., в 2019 г. арбитражными судами рассмотрено 1 900 000 экономических споров.

⁶ Как отмечают, например, исследователи Джордж Ярроу и Кристофер Деккер из Оксфордского университета, «учитывая природу юридических услуг, влияние высококачественной юридической консультации обладает как прямым действием на потребителей юридических услуг (если говорить о получении более качественного совета и, как следствие, достижении более высокого экономического результата), так и косвенным воздействием с точки зрения упрощения экономического роста в более общем смысле» (Yarrow G., Decker C. Assessing the Economic Significance of the Professional Legal Services Sector in the European Union / Regulatory Policy Institute, 2012. P. 69 (Par. 177): https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/FREE_MOVEMENT_OF_LAWYERS/FML_Reports__studies/EN_FML_20120926_Assessing_the_economic_significance_of_the_professional_legal_services_sector_in_the_European_Union.pdf (дата посещения — 18.07.2021).

Вместе с тем, наверное, каждый практикующий юрист согласится с тем, что предпринимательские споры являются той сферой, где существует и концентрируется рынок юридических услуг. Здесь наряду с государственными судами определяющую роль также играют арбитражные учреждения. Можно видеть, что там, где третейское сообщество обладает престижем и влиянием, культура и уровень предоставления юридических услуг наиболее высокие. Обратную картину мы можем наблюдать в правовом поле некоторых стран СНГ.

В России за годы, прошедшие с недавней арбитражной реформы, популярность третейского разбирательства как способа разрешения споров упала. Приведем некоторые факты статистики Судебного департамента при Верховном Суде РФ:

- если в 2016 г. государственными арбитражными судами было рассмотрено 577 дел об оспаривании решений третейских трибуналов, то в 2019 г. их число снизилось до 82;
- в 2016 г. суды разрешили 7324 ходатайства о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, в 2019 г. — только 887;
- тем не менее в том же 2016 г. рассмотрено 231 заявление о признании и приведении в исполнение иностранных решений, а в 2019 г. — 233⁷.

Чтобы понять причины ослабления роли арбитража в России, обратим внимание на два основных направления: 1) процедуры помощи третейским трибуналам по возникающим процедурным вопросам (их мы будем именовать «содействием»); 2) взаимодействие арбитражных учреждений и государственных судов, рассмотрение последними дел о приведении в исполнение третейских решений (и соответствующих дел об их отмене) (вслед за формулировками гл. 30 АПК РФ и разъяснениями Верховного Суда РФ условно назовем данную сферу «контролем»)⁸.

Содействие

Арбитражной реформой введены процессуальные институты содействия, получившие распространение в проарбитражных юрисдикциях. Так, суды обязаны обеспечивать в соответствии с поступившими запросами формирование состава трибунала, получение доказательств, доработку арбитражных решений.

В настоящий момент случаи реализации подобных процедур крайне редки. В соответствии со статистикой, проанализированной Дмитрием Андреевым, адвокатом фирмы «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры», по состоянию на 1 июня 2020 г. в суды общей юрисдикции не поступило ни одного запроса для получения доказательств, а государственные арбитражные суды РФ рассмотрели лишь восемь запросов, из которых была

⁷ См.: <http://cdep.ru/index.php?id=79> (дата посещения — 18.07.2021).

⁸ Указанное разделение функций государственных судов по отношению к третейским судам является мировой практикой и воспринято, в частности, Типовым законом ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (Нью-Йорк, 1985 г., в ред. 2006 г.) (ст. 6): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/07-87000_ebook.pdf (дата посещения — 18.07.2021).

удовлетворена только половина⁹. Процедура ремиссии¹⁰ арбитражного решения (для исправления в нем дефектов) за три с половиной года после третейской реформы была применена всего около 10 раз¹¹.

Контроль

Традиционно контроль государственных судов над третейскими проявляется в проверке третейских решений на стадии, когда рассматривается вопрос об их отмене или принудительном исполнении.

С сожалением приходится констатировать, что по статистике показатель приведения в исполнение арбитражных решений в России значительно ниже, чем в развитых проарбитражных юрисдикциях¹².

Не регулируемый повышением государственной пошлины, стихийно сваливающийся массив дел сформировал защитную реакцию судей, которая выражается в стойком предпочтении отказа в удовлетворении требований, изыскании формальных, материально-правовых, процессуальных поводов для отклонения притязаний хотя бы потому, что такой акт труднее обжаловать и тем самым проще сохранить профессиональную позитивную оценку в глазах вышестоящей инстанции.

Цифры говорят сами за себя:

- за первое полугодие 2020 г. было разобрано 37 дел об оспаривании решений третейских судов, и в 40 % случаев данные акты были отменены. Аналогичный показатель за 2019 г. составил 33 % (27 отмен в 82 делах);
- за тот же период было подано 325 запросов о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения арбитражного трибунала,

⁹ Статистика содержится в статье Д. А. Андреева «Содействие государственных судов третейским судам в получении доказательств», опубликованной в данном номере журнала «Третейский суд».

¹⁰ «Ремиссия (от лат. *remissio* — „обратная отправка“) — это процедура взаимодействия государственных и третейских судов, в рамках которой государственный суд, обнаружив у арбитражного решения серьезные недостатки, вправе возратить (или ремитировать — от лат. *remittere*) его третейскому суду, а третейский суд — возобновить арбитраж и исправить такие дефекты. Хотя термины „ремиссия“, „ремитировать“ и „ремитированные [вопросы]“ пока редко встречаются в российской науке арбитража (в отличие, например, от медицины), автор будет использовать данную терминологию... поскольку она позволяет коротко обозначить соответствующие явления и, вполне возможно, станет общепринятой в будущем» (Андреев Д. А. Теоретические и практические проблемы ремиссии в арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 6: Сб. ст. / Под науч. ред. А. В. Асоскова, А. Н. Жильцова, Р. М. Ходыкина. М., 2020. С. 226).

¹¹ Там же. С. 227.

¹² В связи с этим регламенты многих арбитражных институций устанавливают стремление третейского суда к вынесению исполнимого решения в качестве одного из фундаментальных принципов разбирательства (см.: ст. 42 Арбитражного регламента Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (International Chamber of Commerce (ICC)): <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>; ст. 32.2 Арбитражного регламента Лондонского международного третейского суда (London Court of International Arbitration (LCIA)): https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (дата посещения ресурсов — 18.07.2021)). Данная позиция широко поддерживается и арбитражной доктриной. Так, известнейший специалист в этой области Джулиан Лью утверждает, что «конечной целью третейского суда является вынесение исполнимого решения» (Lew J. *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause // Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (= ICCA Congress Series. № 9) / Ed. by A. J. van den Berg. ICCA & Kluwer Law Int., 1999. P. 119).

причем в 118 случаях последовал отказ (в 2019 г. из 887 дел выдача исполнительного листа не состоялась в 241 случае, т. е. 27 % соответствующих заявлений не имели успеха);

- за шесть месяцев 2020 г. суды отказали в удовлетворении требования о признании и приведении в исполнение решений иностранных государственных и третейских судов в 33 делах из 95, т. е. в 34 % случаев (в 2019 г. — в 94 производствах из 233, т. е. применительно к 40 % ходатайств).

Необходимо отметить, что подобную статистику можно наблюдать и за предыдущие годы. Согласно данным Судебного департамента Верховного Суда РФ, а также анализу судебной практики, приведенному в статье доцента МГИМО Дмитрия Леонидовича Давыденко:

- в 2015 г. из 490 оспариваемых третейских решений было отменено практически каждое четвертое;

- в 2016 г. из 577 — 105 (18 %);

- в 2017 г. из 401 — 93, т. е. почти каждое четвертое;

- в 2018 г. из 256 — 78 (более 30 %)¹³.

Таким образом, решения третейских судов имеют иногда 30 %-й риск неисполнения. Это говорит о девальвации института арбитража в Российской Федерации.

Статистика судов общей юрисдикции еще более впечатляет. В 2019 г. из 154 споров об оспаривании решения третейского суда требования заявителя были удовлетворены в 99 делах, т. е. в 64 % случаев!¹⁴

Нелегкая судьба арбитража в России

Можно заключить, что, несмотря на формальное закрепление роли третейских судов¹⁵, в настоящее время они гармонично не взаимодействуют с российской судебной системой. Между тем замысел введения в правовой порядок такого важного института, как арбитраж, заключается в его исключительной миссии.

Арбитражные учреждения с середины 90-х гг. и до 2016 г. создавались у нас в заявительном порядке; их насчитывалось более 2000¹⁶. В то время

¹³ Давыденко Д. Л. Практика рассмотрения арбитражными судами дел об оспаривании третейских решений // Закон. 2020. № 6. С. 130–141.

¹⁴ Данная статистика выглядит просто экзотически в сравнении, например, со сведениями о развитых проарбитражных правовых порядках. Так, по данным Global Arbitration Review, в Швейцарии с 1989 г. до настоящего времени процент отмененных решений держится на уровне 7 %: <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1006431/switzerland>; в Швеции в период между 2004 и 2014 г. доля отмененных или ремитированных решений составляла всего 6 %: <https://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2015/challenge-of-arbitral-awards-before-courts-of-appeal/> (дата посещения ресурсов — 18.07.2021).

¹⁵ См.: ч. 6 ст. 2 АПК РФ; ст. 2 ГПК РФ; п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 декабря 2019 г. № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража». С упоминаемыми в статье законодательными актами РФ, постановлениями высших судов РФ можно ознакомиться в СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ По оценке ТПП РФ, до реформы третейского разбирательства число постоянно действующих третейских судов могло доходить до 2500: <https://tpprf.ru/ru/interaction/experts/comments/208313/> (дата посещения — 18.07.2021). В Концепции реформирования института третейских судов в Российской Федерации, разработанной в 2013 г. Минэкономразвития России, упоминается цифра в 1500 третейских судов (см.: Концепция реформирования института третейских судов в Российской Федерации // Третейский суд. 2013. № 5. С. 121).

как конкурирующие с ними почти 90 государственных арбитражных судов рассматривали более 1 млн дел¹⁷, на каждый третейский центр по статистике приходились лишь считанные разбирательства (кроме Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ (далее — МКАС при ТПП РФ)). Именно тогда сложилась основная линия поведения судей — изобличить или разоблачить авторов третейских решений. Поэтому охранительный инструментарий более эффективных, но очень дорогостоящих юридических продуктов всегда включал такой механизм, как подчинение взаимоотношений зарубежному арбитражному центру и, соответственно, не российскому праву. Это создавало соответствующий ландшафт правовых услуг с доминирующей ролью иностранных консультантов в проектах, в том числе по уровню зарплат и доходам¹⁸.

Мы вынуждены сталкиваться с крупным недоразумением, мешающим установлению здоровой конкурентной среды и привлекательности наших услуг в области разрешения споров. Законодатель, озаботившийся модернизацией судебной системы и проведший уже третью судебную реформу, не упустив из поля зрения аспект содействия третейскому разбирательству в разных формах и в соответствии с международными стандартами, не смог создать правильный, понятный импульс к всевозможной поддержке арбитража как важнейшего института национальной правовой системы. Статистика показывает, что, несмотря на формирование новой третейской среды, в которой подавляющее число споров рассматривается под эгидой «проверенных» арбитражных институций¹⁹, процент отмененных решений и таких актов, которым отказывают в принудительном исполнении, продолжает расти.

Конкуренция судов и арбитражных трибуналов *a priori* не может быть здоровой, она действует разрушительно на рынок юридических услуг. Соперничество властных и общественных институтов вообще не должно иметь места, поскольку извращает саму природу улаживания споров.

¹⁷ По данным уже упомянутой статистики Судебного департамента при Верховном Суде РФ, в 2016 г. арбитражными судами было рассмотрено 1 232 636 дел из гражданских правоотношений, в 2017 г. — 1 176 141 дело (см. сноску 7).

¹⁸ Так, в июне 2008 г. на встрече заместителя Президента Федеральной палаты адвокатов Геннадия Шарова с генеральным директором Фонда развития континентального права господином Жаном Марком Байссюсом последний указал, что рынок юридических услуг крупных компаний в области международных контрактов сейчас составляет около 50 млрд дол. в год. При этом 99 % от этой суммы получают адвокатские конторы англосаксонского права (см.: Потапова А. М. Развивать международное влияние континентального права и противостоять экспансии общего права // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. 2008. № 3 (доступ из СПС «КонсультантПлюс»)).

¹⁹ По данным статистики МКАС при ТПП РФ, в 2020 г. это учреждение приняло к производству 621 дело: <https://mkas.tpprf.ru/ru/Stat/page.php>. В 2020 г. в Российский арбитражный центр при Российском институте современного арбитража поступило 394 дела, по которым вынесено 211 решений: https://centerarbitr.ru/wp-content/uploads/2021/03/RAC_in_figures_2020-RU-2.pdf. Под эгидой Арбитражного центра при Российском союзе промышленников и предпринимателей в 2020 г. было рассмотрено 435 дел: <https://arbitration-rspp.ru/about/statistic/> (дата посещения ресурсов — 18.07.2021).

Если сопоставить эти данные со статистикой дел об отмене и принудительном исполнении арбитражных решений, приведенной выше, можно сделать вывод, что все или почти все акты третейских судов, в настоящее время приводимые в исполнение в России, вынесены трибуналами при данных постоянно действующих арбитражных учреждениях. Тем не менее, как было указано ранее, даже решения, принятые в рамках арбитража, администрируемого такими «узаконенными» арбитражными центрами, отменяют в каждом четвертом случае.

Сотрудничество, основанное на всестороннем содействии государственных судов третейским, является необходимой альтернативой.

В ситуации инвестиционной, политической, санкционной неопределенности именно арбитраж может значительно оздоровить рынок правовой помощи. И вроде бы имеется общее понимание, что, идя в этом направлении, юридическому сообществу и государственным органам нужно повышать престиж и репутацию российских третейских судов и их профессиональный имидж. Важнейшей целью реформы арбитража было создание почвы для практического применения российского материального права в области коммерческой деятельности. Она подразумевала преодоление сложностей в этой сфере на основе отечественных правовых разработок путем оживления континентальной юридической модели и применения более естественной правовой логики, базирующейся на профессиональном толковании текстов законов, единообразии практики и подходов государственных судов. Тем не менее «верхний» сегмент рынка юридических услуг подвергся существенной деформации и стеснению, в частности, из-за запаздывания арбитражной реформы.

Анализ сложных юридических конструкций судам не свойственен. Арбитраж в дозволенных ему пределах должен быть прокредиторским, поскольку заявители являются по сути его клиентурой. Вместе с тем в третейских производствах не артикулируется главное его преимущество, которым является вовсе не скрупулезность и конфиденциальность, а автономия в вопросе правоприменения, когда судебный формализм и в чем-то застарелые подходы судов игнорируются.

Как итог дисбаланс и неурегулированность отношений арбитражных учреждений и судов в России приводят не только к неэффективности юрисдикционных механизмов разрешения споров, но и к дискредитации в глазах бизнеса всей российской правовой системы, включая ее материальн-правовую составляющую. Вследствие этого клиенты из-за навязанной им фобии невозможности урегулировать свои коммерческие отношения с помощью российского права в целом (в отличие от, например, английского) предпочитают не только решать свои споры в иностранных юрисдикциях, но и подчинять свои договоры не российскому правопорядку.

Суд «по английским законам»

После выбора в договоре государственного или третейского суда как форума, в котором будет рассматриваться спор, неизбежно возникает следующий вопрос: на основе каких норм он будет разрешаться?²⁰ До последнего времени наиболее крупными делами занимались главным образом английские юристы, а отечественные фирмы если и участвовали в этих

²⁰ См. обсуждение подобных привычек российских бизнесменов в деле *Cherney v. Deripaska*, [2008] EWHC 1530 (Comm.): <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/1530.html> (дата посещения — 18.07.2021). Согласно исследованию, проведенному компанией Portland, в 2018–2019 гг. Россия занимала четвертое место по количеству граждан и организаций, выступивших стороной в судебных процессах в Англии, после Великобритании, США и Казахстана (см.: <https://www.lawgazette.co.uk/law/russian-litigants-loom-large-in-record-year-for-london-courts/5070205.article> (дата посещения — 18.07.2021)).

разбирательствах, то их работа ограничивалась сбором доказательств, вычиткой документов, переводом и т. п.²¹

Мы видим свою цель в том, чтобы этот застарелый колониальный миф об оптимальности и чуть ли не превосходстве английского права развеялся. При этом можно идти двумя путями: сложным и более естественным и простым — и оба они важны. Первый — это разработка применимых конструкций российского права, подтверждаемых арбитражными решениями, в особенности при исках об убытках и привлечении к ответственности. Второе (более естественное) направление состоит в критике английского права или юридических услуг на его основе, которые выделяются, прежде всего, своей дороговизной, затем непрогнозируемым результатом, излишними сопутствующими расходами, невозможностью применения привычных средств и логики, общей неопределенностью и чуждостью нашему правосознанию.

Впечатление об английском праве навеяно рассказами, детективами, учебными пособиями. По юридическим публикациям широко разошлись умозаключения и цитаты британских судей, лордов, обаятельных в своих правовых высказываниях. Общее право не агрессивно, но тонко и последовательно продвигается влиятельными арбитражными сообществами, юридическими профессиональными платформами, в том числе через систему международно-правовой и частной унификации модельных правил, даже посредством самого английского языка, ставшего вдруг безраздельно доминирующим в 90-е гг. XX в. Английское право проникло в национальные доктрины и, внедрив туда возделанные на его почве интерпретации и понятия, стало очень влиятельным. Концепты «добросовестность», «разумность», «предвидимость», «эстоппель», «экономический анализ права» родились в недрах британской юриспруденции. Но важнее всего то, что общее право является главным инструментом конкурентной борьбы на рынке юридических услуг. Приходя на рынок, англосаксонские игроки кажутся обладателями более совершенных и тоньше разработанных юридических продуктов и более широких возможностей. Однако на самом деле это не так.

Английское право характеризуется прежде всего отсутствием единообразия применения²², безраздельным усмотрением судов²³ и, таким образом, очень скромным потенциалом прогнозировать исход спора²⁴. От этого

²¹ По словам Д. И. Степанова, «мы уже привыкли, что все сколько-нибудь серьезные сделки уходят в английское право. Нам, практикующим русское право, остается роль подмастерий, подающих болванки, которые нужно еще обточить «там», либо показывающих дубину в виде всевозможных ничтожностей, недействительностей и проч. на тот случай, если, не дай бог, стороны что-то предусмотрят в своем договоре, что не согласуется с российским гражданским правом». Цит. по: Дубинчин А. А. Английское контрактное право: Практическое пособие для российского юриста: Заключение договора. М., 2010. С. 27.

²² Чрезмерно оптимистично было бы воспринимать Англию как страну, где соблюдается единообразие судебной практики по причине применения там доктрины *stare decisis* («стоять на решенном»). В действительности даже определение в тексте прецедента *ratio decidendi*, т. е. сути судебного решения, которая и является правовой нормой и которую нужно соблюдать, представляет собой проблему (по этому поводу см.: Романов А. К. Право и правовая система Великобритании: Учеб. пособие. М., 2014. С. 111).

²³ Известный американский ученый Карл Ллевелин приводил как минимум 16 причин, по которым судья общего права может отказаться от использования того или иного прецедента в мотивировке своего решения (см.: Llewellyn K. N. The Common Law Tradition: Deciding Appeals. Little, Brown & Co., 1960. P. 77–80).

²⁴ По словам Г. Слэшпера и Д. Келли, «степень определенности, которая обеспечивается доктриной *stare decisis*, подрывается количеством дел, которые были описаны в литературе и

процессы и арбитражи по английскому праву часто превращаются в бега или рулетку, вызывая азарт и провоцируя огромные траты финансовых ресурсов²⁵. Насколько выгодно это рачительному участнику спора? Полагаем, что в небольшой степени. И практикующие юристы должны вести разъяснительную работу и убеждать в этом активных представителей крупного бизнеса — своих клиентов.

Приведем пример расхожей риторики о якобы отсталости российского права и преимуществах гибкости английского, несмотря на его запутанность и непонятность. Утверждалось, особенно до 2018 г., что отечественное регулирование закостенело, его невыгодно отличают формализм и ригидность, а наиболее распространенная экономическая операция — выдача займа, — когда сделка по ней уже состоялась, не пользуется далее никакой исковой защитой в силу абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ («Если займодавцем в договоре займа является гражданин, договор считается заключенным с момента передачи суммы займа или другого предмета договора займа заемщику или указанному им лицу»). Таким образом, здесь предполагается определенная льгота для займодавца, поскольку заемщик принимает в собственность родовые вещи, а не только деньги, всегда присутствующие на рынке. Поэтому до получения финансовых средств от конкретного контрагента он не связан обязательствами, важным видом которых является уплата процента от суммы займа. Кроме того, иногда заем — это инвестиция. Абсолютно неравноценно и неразумно заключать ее обещание в жесткие рамки обязательств, если инвестор — гражданин, а не профессиональный участник финансового рынка узкой специализации, т. е. кредитное учреждение или банк. Поэтому последние могут обязываться по иску о натуральном исполнении обязательств, а обычное физическое лицо — нет.

Заключен договор или нет, но обычный заемщик на основании ст. 15 ГК РФ может истребовать убытки. Например, если обещан заем под 1 %, а его рыночная стоимость среди других заемщиков — 11 % в год, то 10 % составляют будущие расходы для восстановления субъективного права. Таким же образом, если сделка совершается под влиянием обмана, она не порождает правовых последствий (ст. 179 ГК РФ), но потерпевший вправе взыскать убытки. При этом может отсутствовать повреждение имущества, т. е. деликт. Обязанность по погашению убытков явно носит внедоговорный характер. Вместе с тем такого рода правовым конструкциям легче всего получить защиту в арбитраже, а не в судах, которым даже такие несложные рассуждения не свойственны.

Когда спор разрешается на основе английских прецедентов в России, эффективной будет линия защиты, основанная на ст. 1191 ГК РФ о том, что

которые могут использоваться в качестве авторитетных прецедентов. Данная неопределенность увеличивается за счет возможности судей выбирать, правилу какого решения они будут следовать, сравнивая различные дела по совпадению в них фактических обстоятельств» (Slapper G., Kelly D. *The English Legal System*. 15th ed. Routledge, 2014–2015. P. 159). См. больше о недостатках английской прецедентной системы в издании: Elliott C., Quinn F. *English Legal System*. 10th ed. Longman, 2009. P. 31–32.

²⁵ Беспрецедентные ставки, по которым английские юридические фирмы работают для своих российских клиентов, являются предметом обсуждения даже в самой Великобритании: <https://www.theguardian.com/law/2012/sep/04/london-abramovich-v-berezovsky-court-case> (дата посещения — 18.07.2021).

применимое иностранное законодательство должно соответствовать «официальному толкованию, практике применения и доктрине в соответствующем иностранном государстве» (п. 1). Дело в том, что английскому праву категорически не принадлежит такая характеристика, как единообразие применения. В некоторых исследованиях обильно приводятся якобы сложившиеся подходы к взысканию заранее исчисленных убытков, определению конклюдентных действий, понятию домицилия, заменяющему правовую категорию места нахождения, теории утраты шанса. Впрочем, это не означает, что все английские суды будут следовать единой логике. Доктрина фрустрации договора, иные концепты по-разному освещаются в судебных решениях²⁶. Авторы обзоров отбирают разрозненные высказывания по критериям оригинальности, глубокомысленности и даже экстравагантности, а читателям они представляются как правовые доминанты и чуть ли не императивы всего английского права и прецедентной системы по данному вопросу. Но в реальности это не так.

Английское право — это уже не компонент национального правопорядка. Суды Кипра и Австралии ссылаются на дела и прецеденты, появляющиеся в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии, вовсе не потому, что обязаны это делать. Они в основном используют такие прецеденты как своего рода «мудрость», представляющуюся им наиболее привлекательной. Обращает на себя внимание карнавальность судебных процессов по английскому праву, высокая степень ритуальности, заключающаяся в ношении мантий и париков, произнесении клятв и т. п., все еще встречающаяся даже при слушании обычных коммерческих споров. Вместе с тем результат такого театрализованного действия может разочаровать экономического субъекта, потратившего значительные средства на разрешение спора: английские решения очень многословны²⁷, плохо структурированы²⁸, содержат в себе характеристику личностей участников процессов²⁹, а также

²⁶ Непоследовательность практики относительно доктрины фрустрации договора, в частности, связана с вопросами о том, может ли предвидимое событие привести к такому результату (см., например, решения по делам *Walton Harvey Ltd. v. Walker and Homfrays Ltd.*, [1931] 1 Ch. 274; *WJ Tatem Ltd. v. Gamboa*, [1939] 1 KB 132 и *The Eugenia*, [1964] 2 QB 226, где выражены принципиально разные позиции на этот счет) и может ли событие, вызванное самим поведением одной из сторон, фрустрировать договор (по данному вопросу Э. МакКендрик пишет, что «суды никогда не устанавливали границы этой концепции [концепции фрустрации, вызванной самим поведением стороны] с какой-либо степенью ясности» (McKendrick E. *Contract Law*. 11th ed. Palgrave Macmillan, 2015. P. 261).

²⁷ В 2017 г. председателем Коллегии по гражданским делам Апелляционного суда Англии и Уэльса даже было рекомендовано избегать излишнего многословия: http://rapsinews.ru/international_news/20170209/277761238.html. Одна из судей Апелляционного суда напрямую сослалась на данную рекомендацию в своем решении: (*BS (Congo) v. The Secretary of State for the Home Department*, [2017] EWCA Civ. 53: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/53.html> (дата посещения ресурсов — 18.07.2021).

²⁸ В связи с этим говорится, что «в английском праве, где функционирует прецедентная система, правовым позициям четкости тоже недостает. Решение Верховного суда Великобритании может выглядеть как 150 страниц, написанных разными судьями, претендующими на собственную позицию по делу, и не иметь единой мотивировки. <...> И, может быть, для... государств [континентальной правовой системы] четкость правовых позиций даже более характерна, чем для стран формально прецедентного права» (Карапетов А. Г., Тай Ю. В. Вместо единомыслия судей нам нужно единообразие практики // Закон. 2020. № 1. С. 10).

²⁹ В деле *National Bank Trust v. Yurov & Ors.*, [2020] EWHC 100 (Comm.) (<https://www.wilberforce.co.uk/wp-content/uploads/2020/01/NBT-Approved-Judgment-as-Handed-Down-23-01-20.pdf> (дата посещения — 18.07.2021)) Юров был назван «нечестным и лживым свидетелем»:

проявления судейской интуиции. Мотивировки зачастую выглядят неправовыми, а терминология не отличается единообразием.

Проблемы, порождаемые английским правом и правосудием, носят не только чисто прикладной, но и методологический характер. Именно судейской деятельности в странах общего права обязана своим появлением в нашем научном дискурсе на шумевшая теория экономического анализа права. Эта концепция предписывает жрецам Фемиды извлекать смысл из норм права, который находил бы оправдания в доходности, прибыльности спорных отношений, трактуемых всегда по-разному участниками коммерческого конфликта. При этом поощряется судейское нормотворчество вопреки текстам законов, которые перестают быть обязательными³⁰.

Можно заключить, что, несмотря на все многочисленные недостатки общего права, английские судьи и арбитры активно борются за звание «мирового» (worldwide) суда. В отношении политики английских государственных судов такая тенденция прослеживается достаточно давно, а в настоящее время она проявляется и в области формально независимого английского арбитража. Так, в ходе волны банкротств в Российской Федерации в зарубежные третейские суды, в частности в LCIA, поступали иски о возврате субординированных кредитов³¹, несмотря на то, что требования следует заявлять исключительно в процедуре банкротства и заносить в реестр в соответствии с очередностью их погашения. В данном случае английские арбитры истолковали свой национальный закон о субординированных кредитах как *jus cogens* в пользу исключительно своих банков, которые, предоставляя кредиты ненадежным заемщикам, имеют приоритет в истребовании при игнорировании иностранных правопорядков как таковых и национальных законов о банкротстве в частности. Вот какова исключительно колониальная трактовка общего права, развиваемая судами Соединенного Королевства!

В этом же ряду навязывания общего права стоит практика вынесения запретов на инициирование разбирательств в других юрисдикциях (anti-suit

«Г-на Юрова подвергали перекрестному допросу на протяжении четырех дней. Судья по его показаниям, у меня отсутствовали какие-либо сомнения относительно того, что г-н Юров был нечестным и неправдивым свидетелем, и его лживые показания в суде (по большей части сделанные, когда он пытался удерживать себя от поведения, которое само по себе очевидно было либо нечестным, либо недостойным, либо не в лучших интересах Банка) в равной степени отражали его подход к ведению бизнеса и его отношения с Банком, в том числе готовность к обману, о чем свидетельствует его намерение (среди прочего) проводить документы задним числом для того, чтобы создать ложное представление о том, что на самом деле произошло и когда» (“Mr Yurov was cross-examined across four days. By the conclusion of his evidence I was in no doubt whatsoever that Mr Yurov was a dishonest and untruthful witness, and that his dishonesty in the witness box (often when seeking to distance himself from conduct which was itself self-evidently either dishonest, dishonourable or not in the best interest of the Bank) was equally reflective of his approach to business dealings and his relationship with the Bank, including a willingness to deceive, as illustrated by his willingness (amongst other matters) to back-date documents so as to create a false representation as to what actually happened and when”. Ibid. Par. 67).

³⁰ Риски принятия экономического анализа права в качестве методологической основы российской правовой системы анализируются многими исследователями. См., например: Курбатов А. «Американизация» российского права. Экономический анализ права как средство уничтожения его доктрины: https://zakon.ru/blog/2012/2/6/amerikanizaciya_rossijskogo_prava_ekonomicheskij_analiz_prava_kak_sredstvo_unichtozheniya_ego_doktri (дата посещения — 18.07.2021).

³¹ Астапенко А. Субординированные еврооблигации «ФК Открытие» фактически обесценились // Ведомости. 2017. 27 сент.: <https://www.vedomosti.ru/finance/articles/2017/09/27/735593-cubordinirovannye-otkritie-obestsenilis> (дата посещения — 18.07.2021).

injunctions), «замораживания» активов, в какой бы стране они ни находились, помимо обязательных принудительных процедур (world freezing order), исходящая не только от английских судей, но и от арбитров. Такое судебное правотворчество нарушает принцип разделения властей, разработанный Шарлем Луи Монтескье³², поскольку суды в этой парадигме не подчиняются законодателю и сформированному им статутному праву, а работают исключительно на базе собственного усмотрения и в соответствии с духом английского права.

Показательно, что внутренняя несогласованность (а подчас и несоответствие закону) и многословие, столь характерные для общего права, влияют уже не только на решения, выносимые на далеких Британских островах, но и на повседневную юридическую жизнь, на составление, по сути, любого документа. Прежде всего речь идет о структурировании контрактов с преамбулой, поясняющей термины для целей взаимодействия сторон. Зачастую в этих договорах юридические выражения наделяются значением вопреки сложившимся трактовкам определенных понятий. Вряд ли правильно придавать устоявшемуся пониманию соответствующего института нюансы, отличные от того, как он определен в законе, в судебной практике, отечественной доктрине; результатом такой «англизации» будет хаос юридического мышления и высказываний.

Явления, навеянные общим правом, понижают повседневность, вошли в обыденную жизнь в качестве необходимых стандартов (например, в потребительской отрасли взаимоотношений). Поликлиники при выдаче справок, предполагающих поверхностный врачебный осмотр за небольшую плату, дают подписать договор, излагаемый для экономии бумаги мелким шрифтом на нескольких страницах. Прочтение этого документа обычно не производится, чтобы не задерживать других пациентов. Между тем ознакомление с данным контрактом может озадачить, так как в нем будут присутствовать, помимо общих слов и непонятных новых терминов, заверения и гарантии сторон, оговорки об освобождении от ответственности медучреждения.

Вместе с тем в ГК РФ указывается, что сделки, исполняемые при их совершении, могут быть устными (ст. 159). В письменной форме и в самом деле нет никакого смысла, поскольку договор обычно регламентирует алгоритм, последовательность действий или исполнение; он также может содержать положения об ответственности. Впрочем, последний вопрос урегулирован Законом РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» и ГК РФ (п. 2 ст. 400) следующим образом: снижение, ограничение ответственности перед потребителем не допускается. И выходит, что, кроме как для указания на иной, чем установленный законом, компетентный суд, подобный письменный договор ни для чего другого значения не имеет. Однако можно спросить: при чем здесь английское право? Если такой стандарт введен самим медучреждением, то подробная правовая регламентация, не согласующаяся с действующими нормами, — черта именно правопорядка *common law*, где суды не связаны нормами закона и относятся к нему как к обобщению правовых идей.

³² Монтескье Ш. О духе законов: https://www.civisbook.ru/files/File/Monteskye_O%20dukhe.pdf (дата посещения — 18.07.2021).

Еще одно проявление английского права в повседневной жизни — дисклеймеры, предшествующие просмотру роликов в Интернете. В них, как правило, утверждается, что контент не является офертой. Этот текст также не имеет никакого правового значения, так как, согласно ст. 435 ГК РФ, оферта, во-первых, — это прямо выраженное предложение о заключении договора, а во-вторых, она должна содержать все существенные условия. Поэтому текст дисклеймера бесполезен.

Проникновение английского права в нашу жизнь выражается также в обычном зашифровывании терминов, которые заменяются альтернативными обозначениями, делающими текст непонятным. Это мы можем наблюдать уже многие годы при ознакомлении с инструкциями лекарств и т. д. Выше перечислены лишь некоторые проявления инфильтрации английского права в отечественную действительность, которая ничего, кроме путаницы и раздражения, не вызывает.

Если откровенно отвечать на вопрос, поставленный в заявленной теме, сто́ит, к сожалению, сказать, что в настоящее время серьезного взаимодействия государственных и третейских судов мы не наблюдаем. Судопроизводство как метод разрешения споров доминирует над арбитражем. Избранная законодателем политика притеснения третейских судов приводит к недоверию к российской юрисдикционной системе разрешения споров в целом, а затем и к скепсису по отношению к отечественному материальному праву. В итоге крупный бизнес по-прежнему предпочитает вести разбирательства в иностранных судах и арбитражных учреждениях, впадать в чрезмерные траты и лишаться здравого прогнозирования из-за особенностей английского права.

Вместе с тем принятие проарбитражного Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 декабря 2019 г. № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража» дает некоторую надежду на то, что отношение судей к третейскому разбирательству изменится и мы увидим настоящее сотрудничество между третейскими и государственными судами.

Развитию культуры арбитража в России может способствовать не только «навязывание» судьям на местах разъяснений высших судов, но и научная разработка основ и комплексных вопросов третейского разбирательства, их обсуждение и сотрудничество между разными представителями юридической сферы.